



**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES**

Geschäftszeichen:

3 U 105/16
406 HKO 166/15

verkündet am:
17. Januar 2019
, JAng

als Urkundsbeamter/in der
Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

G. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

M. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **3. Zivilsenat**, durch die Richter

auf die am 13. Dezember 2018 geschlossene mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, KfH 6, vom 22. März 2016, Az.: 406 HKO 166/15, abgeändert:

1. Der Beklagten wird bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) verboten,

im geschäftlichen Verkehr das Produkt „MF.“ mit der Aussage

„Vitamin B12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“

zu bewerben,

wenn dies geschieht wie bei dem Produkt „MF.“ mit dem Mindesthaltbarkeitsdatum 09/2016 und der Losnummer 9024303 (Anlage K 4),

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von € 984,00 zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. November 2015 zu zahlen.
3. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits fallen der Beklagten zur Last.

III. Das vorliegende Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

IV. Gegen dieses Urteil wird die Revision nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus Wettbewerbsrecht auf Unterlassung sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch.

Die Parteien vertreiben Nahrungsergänzungsmittel und diätische Lebensmittel (Anlagen K 1 und K 2). Die Beklagte bringt u. a. das Produkt „MF.“ als diätisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) auf den Markt. Das Produkt enthält verschiedene Vitamine, u. a. Folsäure (Folat) und Vitamin B12. Sowohl auf der Verpackung des Produkts als auch in der Gebrauchsinformation wird ausgeführt, dass es sich bei dem Produkt um eine ergänzende bilanzierte Diät zur diätischen Behandlung von erhöhtem Vitaminbedarf an Vitamin-B Komplex, Vitamin E und Vitamin C als Folge von Maldigestion oder Malabsorption handele (Anlagen K 3 und K 4). In der Gebrauchsinformation heißt es u. a.: „Vitamin B12 und Folsäure unterstützen die Zellteilung und Blutbildung“ (Anlage K 4).

Mit Schreiben vom 24. August 2015 ließ die Klägerin die Beklagte hinsichtlich dieser Angabe abmahnen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es sich um eine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel handle (nachfolgend: HCVO), die jedenfalls im Hinblick auf die Angabe, dass Vitamin B12 die Blutbildung unterstütze, unzulässig sei. Zwar sei die Angabe im Hinblick auf Folsäure (Folat) zulässig, denn für Folat seien die Angaben „Folat trägt zu einer normalen Blutbildung bei“ und „Folat hat eine Funktion bei der Zellteilung“ gemäß der Verordnung (EU) Nr. 432/2012 zur Festlegung einer Liste zulässiger anderer gesundheitsbezogener Angaben über Lebensmittel als Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos sowie die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern zugelassen. Die Angabe sei auch insoweit zulässig, als eine Unterstützung der Zellteilung durch Vitamin B12 beworben werde, denn für Vitamin B12 sei die Angabe „Vitamin B12 hat eine Funktion bei der Zellteilung“ zugelassen worden. Soweit jedoch mit der Angabe allgemein eine Unterstützung der Blutbildung durch Vitamin B12 beworben werde, sei die Angabe unzulässig, weil sie nicht gleichbedeutend mit der zugelassenen Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ sei, sondern deutlich über diese zugelassene Angabe hinausgehe (Anlage K 5).

Die Beklagte ließ den vorgerichtlich geltend gemachten Unterlassungs- und Kostenerstattungsanspruch in Höhe von € 1.133,00 mit Schreiben vom 31. August 2015 zurückweisen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass Vitamin B12 tatsächlich einen Beitrag zur Blutbildung leiste (Anlage K 6).

Nachfolgend erhob die Klägerin am 5. November 2015 die vorliegende Hauptsacheklage.

Zur Klagbegründung hat die Klägerin ausgeführt, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art. 10 Abs. 1 HCVO begründet sei. Die streitgegenständliche Angabe sei im Hinblick auf den Bestandteil „Vitamin B12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“ unzulässig. Es handle sich um eine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO, für die die erforderliche Zulassung nach der VO (EU) Nr. 432/2012 fehle. Diese Angabe sei auch nicht gleichbedeutend i. S. v. Erwägungsgrund 9 der VO (EU) Nr. 432/2012 mit der zugelassenen Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ sei. Sie gehe vielmehr deutlich über die zugelassene Angabe hinaus.

Das ergebe sich unmittelbar aus dem Gutachten der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA), welches der Zulassung zugrunde gelegen habe. Dort zeige sich zum ei-

nen, dass Erkenntnisse bzgl. Vitamin B12 lediglich im Hinblick auf die Bildung roter Blutkörperchen, nicht jedoch hinsichtlich der Bildung weiterer Blutbestandteile, vorgelegen hätten und von der EFSA zugrunde gelegt worden seien. Zum anderen ergebe sich, dass die EFSA den ebenfalls vorgeschlagenen Health-Claims, „vitamin B12 (cyanocobalamin) is needed for blood formation“ und „vitamin B12 is important for normal blood functions“ nicht entsprochen habe, mithin die Zulassung dieser weiter formulierten gesundheitsbezogenen Angaben bzgl. des Beitrags von Vitamin B12 zur Blutbildung zurückgewiesen habe (Anlage K 8/EFSA Journal 2009; 7(9): 1223). Demgegenüber hätten der EFSA bei Zulassung des im Hinblick auf Folsäure (Folat) allgemeiner formulierten Health-Claims „Folat trägt zu einer normalen Blutbildung bei“ Erkenntnisse bzgl. Folat und der Bildung verschiedener Blutbestandteile, nämlich roter und weißer Blutkörperchen sowie Blutplättchen, vorgelegen (Anlage K 9/EFSA Journal 2009; 7(9): 1213). Die EFSA habe somit bei der Zulassung der hier maßgeblichen Health-Claims zu Vitamin B12 einerseits und Folat andererseits, bewusst einen Unterschied zwischen der Bildung roter Blutkörperchen (durch Vitamin B12) und der Blutbildung im Allgemeinen (durch Folat) gemacht.

Der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten i. H. v. € 1.133,00 ergebe sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Bei der hier streitgegenständlichen Prüfung der Zulässigkeit gesundheitsbezogener Angaben handele es sich um eine schwierige Angelegenheit, so dass der Ansatz einer 1,5 Gebühr angemessen sei. Auf der Grundlage eines Streitwerts in Höhe von € 20.000,00 berechneten sich die Abmahnkosten daher wie folgt:

- 1,5 Gebühr nach § 2 Abs. 2, 13 RVG, Nr. 2300 VV	€ 1.113,00
- Telekommunikationspauschale nach § 2 Abs. RVG, Nr. 7002 VV	€ 20,00
- Summe	<u>€ 1.133,00.</u>

Der geltend gemachte Anspruch auf Prozesszinsen ergebe sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an dem Geschäftsführer der Beklagten,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr das Produkt „MF.“ mit der Aussage

„Vitamin B 12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“

zu bewerben, wenn dies geschieht wie bei dem Produkt „MF.“ mit dem Mindesthaltbarkeitsdatum 09/2016 und der Losnummer 9024303 (Anlage K 4),

2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von € 1.133,00 zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt.

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die streitgegenständliche Angabe zulässig sei. Ein Verstoß gegen die HCVO liege nicht vor.

Bei der streitgegenständlichen Angabe handele es sich um eine obligatorische Angabe gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 DiätV, nämlich um eine Beschreibung der Eigenschaften des in dem Produkt enthaltenen Vitamin B12. Diese spezialgesetzlich verlangten obligatorischen Angaben gingen den Normen der HCVO gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO vor.

Zudem handele es sich bei der streitgegenständlichen Angabe nicht um eine spezifische, sondern lediglich um eine unspezifische gesundheitsbezogene Angabe gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO.

Jedenfalls sei die Angabe „Vitamin B12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“ i. S. v. Erwägungsgrund 9 der VO (EU) Nr. 432/2012 gleichbedeutend mit der zugelassenen Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ (Anlagen BK 5 und BK 6). Die Angabe sei zutreffend, denn die Unterstützung der Blutbildung durch Vitamin B12 liege – aus der maßgeblichen Sicht des angesprochenen Verkehrs – gerade in der Unterstützung der Bildung roter Blutkörperchen, welche Bestandteile des Blutes seien (Anlagen BK 7 und BK 8). Für ihr Verständnis vom Begriff der Gleichbedeutung nimmt die Beklagte auf die Entscheidung des BGH „Lernstark“ (GRUR 2016, 412 ff.) Bezug.

Die Beklagte hat weiter ausgeführt, dass sie das streitgegenständliche Produkt im Dezember 2013 ordnungsgemäß nach § 4a Abs. 1 DiätV gegenüber dem Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) angezeigt habe, ohne dass es zu Beanstandungen gekommen sei.

Im Hinblick auf den geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch hat die Beklagte vorsorglich ausgeführt, dass es sich nicht um eine Angelegenheit von überdurchschnittlicher Schwierigkeit gehandelt habe, so dass allenfalls eine 1,3 Gebühr angesetzt werden könne.

Mit Urteil vom 22. März 2016, Az. 406 HKO 166/15, hat das Landgericht Hamburg, KfH 6, die Klage abgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die streitgegenständliche Angabe inhaltlich dem zugelassenen Health-Claim, wonach Vitamin B12 zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen beitrage, entspreche.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung vom 18. April 2016, die sie frist- und formgemäß eingelegt und unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags begründet hat.

Sie führt ergänzend aus, dass die streitgegenständliche Angabe mehrdeutig und daher auch irreführend sei und reicht weitere Unterlagen zur Akte (Anlagen K 16 und K 17).

Darüber hinaus ist sie der Ansicht, dass die streitgegenständliche Angabe nunmehr bereits nach Art. 7 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 2016/128 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 im Hinblick auf die besonderen Zusammensetzungs- und Informationsanforderungen für Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke unzulässig sei.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22. März 2016 (Az. 406 HKO 166/15) abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an dem Geschäftsführer der Beklagten, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr das Produkt „MF.“ mit der Aussage

„Vitamin B 12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“

zu bewerben, wenn dies geschieht wie bei dem Produkt „Multibionta Nutrition forte“ mit dem Mindesthaltbarkeitsdatum 09/2016 und der Losnummer 9024303 (Anlage K 4),

2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von € 1.133,00 zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

Sie verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Zudem reicht sie weitere Unterlagen zur Akte (Anlagen BB 1 bis BB 3).

Die Beklagte weist darauf hin, dass die Delegierte VO EU Nr. 2016/128 zwar gemäß ihrem Art. 11 Abs. 1 bereits seit dem 22. Februar 2016 in Kraft sei. Gemäß Art. 11 Abs. 2 dieser VO gelte sie jedoch erst ab dem 22. Februar 2019.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 13. Dezember 2018 Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und ganz überwiegend begründet.

I.

Die Klage ist zulässig, insbesondere besteht auch weiterhin ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin. Zudem stehen die Parteien in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis.

Die durch die Verletzungshandlung im August 2015 begründete Wiederholungsgefahr besteht fort, denn die Beklagte hat die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr grundsätzlich erforderliche strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung (vgl. BGH, GRUR, 2008, 1108, Rn. 23 – Haus & Grund III, m. w. N.; Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, 37. Auflage, 2019, § 8 Rn. 1.48) nicht abgegeben.

Den erstinstanzlichen Vortrag, dass die Klägerin ihre Produkte nur in Österreich vertreibt und daher kein Wettbewerber sei (Anlage BK 3), hat die Beklagte nach substantiiertem Erwiderung der Klägerin und ergänzender Vorlage der Anlagen K 11 und K 12 schon erstinstanzlich nicht mehr aufrechterhalten. Damit handelt es sich bei den Parteien um Mitbewerber i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

II.

Der Unterlassungsanspruch ist gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG 2008, §§ 8, 3a UWG 2015 i.V.m. Artt. 10 Abs. 1, 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO begründet.

Die Klägerin nimmt die Beklagte mit dem Klagantrag zu 1. auf Unterlassung der Angabe „Vitamin B 12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“, die die Beklagte in der als Anlage K 4 zur Akte gereichten Gebrauchsinformation verwendet hat, in Anspruch.

Bei dem streitgegenständlichen Produkt handelt es sich um ein diätisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) nach § 1 Abs. 4a Nr. 2b DiätV, nämlich um ein Lebensmittel zur diätischen Behandlung von erhöhtem Vitaminbedarf an Vitamin-B-Komplex, Vitamin E und Vitamin C als Folge von Maldigestion und Malabsorption (Anlage K 3). Das Produkt ist rezeptfrei in der Apotheke erhältlich (Anlage K 7).

Die vollständige werbliche Angabe, die in der Gebrauchsinformation verwendet wird, lautet: „Vitamin B12 und Folsäure unterstützen die Zellteilung und Blutbildung“ (Anlage K 4). Die Klägerin wendet sich jedoch nur insoweit gegen die werbliche Angabe in der Gebrauchsinformation, als damit Angaben zu Vitamin B12 bzgl. der Blutbildung gemacht werden.

1.

Der Beklagten soll mit dem Klagantrag zu I. strafbewehrt verboten werden, im geschäftlichen Verkehr das Produkt „MF.“ mit der Aussage

„Vitamin B12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“

zu bewerben, wenn dies geschieht wie bei dem Produkt „MF.“ mit dem Mindesthaltbarkeitsdatum 09/2016 und der Losnummer 9024303 (Anlage K 4).

Das Verbot ist auf die konkrete Verletzungsform gemäß der mit diesem Urteil verbundenen Anlage K 4 gerichtet. Der Klägervertreter hat in der Berufungsverhandlung klargestellt, dass die im Unterlassungsantrag erfolgte Bezugnahme auf das Mindesthaltbarkeitsdatum und die Losnummer des Produkts lediglich der Erfassung der konkreten Verletzungsform dienen soll. Eine Beschränkung des Umfangs des Verbots auf Produkte mit dieser Losnummer bzw. diesem Mindesthaltbarkeitsdatum ist damit jedoch nicht verbunden. Streitgegenständlich ist allein die Verwendung des streitgegenständlichen Health-Claims für eine bilanzierte Diät, nicht hingegen für sonstige Lebensmittel.

2.

Da die Klägerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt hat, ist ihre Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der letzten

gerichtlichen Entscheidung rechtswidrig ist (BGH, GRUR 2017, 409, Rn. 12 – Motivkontaktlinsen; BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 11 – Repair-Kapseln; BGH, GRUR 2016, 1193, Rn. 13 – Ansprechpartner; BGH, GRUR 2016, 1073, Rn. 16 – Geo-Targeting). Da die Abmahnung der Klägerin vom 24. August 2015 stammt (Anlage K 5), ist davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Angabe zumindest bis August 2015 verwendet worden ist. Es kommt also einerseits auf die Rechtslage im August 2015 und andererseits auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2018 bzw. zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils am 17. Januar 2019 an. Die Rechtslage stellt sich insoweit einheitlich dar.

a)

In der Zeit bis zur Berufungsverhandlung am 13. Dezember 2018 ist zwar das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 novelliert worden. Eine für die Beurteilung des vorliegenden Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus jedoch nicht, denn der seit dem 10. Dezember 2015 geltende § 3a UWG 2015 entspricht der bis dahin in § 4 Nr. 11 UWG 2008 erfolgten Regelung des wettbewerbsrechtlichen Rechtsbruchtatbestands (BGH, GRUR 2017, 409, Rn. 12 – Motivkontaktlinsen; BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 11 – Repair-Kapseln).

b)

Soweit die im Streitfall maßgeblichen Bestimmungen des Lebensmittelrechts in diesem Zeitraum geändert worden sind, führt auch dies im Ergebnis nicht zu einer abweichenden rechtlichen Bewertung (s. u.).

3.

Bei Art. 10 HCVO handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung i. S. v. § 4 Nr. 11 UWG 2008 bzw. § 3a UWG 2015, deren Missachtung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern und Verbrauchern i. S. d. § 3 Abs. 1 UWG 2008 bzw. § 3a UWG 2015 spürbar zu beeinträchtigen (BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 12 – Repair-Kapseln).

4.

Der streitgegenständliche Werbeclaim verstößt gegen Artt. 10 Abs. 1, 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 5 HCVO.

Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die Regelungen der HCVO auf die hier streitgegenständliche Bewerbung einer bilanzierten Diät anwendbar. Es handelt sich bei den streitgegenständlichen werblichen Angaben nicht um obligatorische Angaben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO.

Nach Art. 10 Abs. 1 HCVO sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II (Art. 3–7) und den speziellen Anforderungen in Kapitel IV (Art. 10–19) der HCVO entsprechen, gemäß der HCVO zugelassen und in die Gemeinschaftsliste der zugelassenen Angaben gemäß Art. 13 und 14 der HCVO aufgenommen sind. Diesen Anforderungen wird die streitgegenständliche Werbeaussage der Beklagten nicht gerecht.

a)

Die im Streit befindliche Werbeaussage stellt eine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 5, 13 Abs. 1 HCVO dar.

Die HCVO – und damit auch Art. 10 Abs. 1 HCVO – gilt nach Art. 1 Abs. 2 S. 1 HCVO für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, die in kommerziellen Mitteilungen bei der Kennzeichnung und Aufmachung von oder bei der Werbung für Lebensmittel gemacht werden, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen. Dabei ist die HCVO nach Art. 1 Abs. 2 HCVO nicht nur auf Angaben gegenüber Laien, sondern auch auf Angaben gegenüber Fachkreisen anwendbar (EuGH, GRUR 2016, 1090, Rn. 54 – Innova Vital).

aa)

Gemäß Art. 1 Abs. 2 HCVO gilt die HCVO für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, die in kommerziellen Mitteilungen bei der Kennzeichnung oder Aufmachung von oder bei der Werbung für Lebensmittel gemacht werden, die als solche an Endverbraucher abgegeben werden.

Die hier in Rede stehende Angabe ist in kommerziellen Mitteilungen bei der Werbung für das Lebensmittel, welches als solches an den Endverbraucher abgegeben werden soll, gemacht worden, nämlich in der Gebrauchsinformation gemäß Anlage K 4.

Zudem handelt es sich bei dem beworbenen Produkt um ein Lebensmittel i. S. v. Art. 1 Abs. 2 S. 1 HCVO.

Für Lebensmittel gilt nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) HCVO die Begriffsbestimmung in Art. 2 der VO (EG) Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (sog. Basis-Verordnung). Nach Art. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 178/2002 sind Lebensmittel alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden.

Das beworbene Produkt „MF.“ ist nach der vorliegenden Gebrauchsinformation dazu bestimmt, von Menschen verzehrt zu werden (Anlage K 4). Es handelt sich daher um ein Lebensmittel im Sinne von Art. 2 VO (EG) Nr.178/2002, Art. 2 Abs. 1 lit. a) HCVO. Insoweit kommt es nicht darauf an, dass es sich um diätische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke im Sinne von Art. 1 Richtlinie 1999/21/EG über diätische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke bzw. um spezielle Lebensmittel, nämlich Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. c) der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 über Lebensmittel für Säuglinge und Kleinkinder, Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke und Tagesrationen für gewichtskontrollierende Ernährung und zur Aufhebung der Richtlinie 92/52/EWG des Rates, der Richtlinien 96/8/EG, 1999/21/EG, 2006/125/EG und 2006/141/EG, der Richtlinie 2009/39/EG sowie der Verordnungen (EG) Nr. 41/2009 und (EG) Nr. 953/2009 handelt.

bb)

Nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der HCVO ist eine gesundheitsbezogene Angabe i. S. d. Verordnung jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht.

(1)

Der Begriff „Zusammenhang“ ist dabei weit zu verstehen. Der Begriff „gesundheitsbezogene Angabe“ erfasst deshalb jeden Zusammenhang, der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Lebensmittels impliziert (EuGH, GRUR 2012, 1161, Rn. 34 f. – Deutsches Weintor; EuGH, GRUR 2013, 1061, Rn. 22 – Green-Swan Pharmaceuticals; BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 19 – Repair-Kapseln; BGH, GRUR 2013, 958, Rn. 10 – Vitalpilze; BGH, GRUR 2015, 498, Rn. 33 – Combiotik; BGH, GRUR 2015, 403, Rn. 33 – Monsterbacke II; BGH, GRUR 2016, 142, Rn. 21 – Lernstark).

Die Frage, ob eine Aussage auf das gesundheitliche Wohlbefinden abzielt, ist anhand der in Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 HCVO aufgeführten Fallgruppen zu beurteilen (BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 19 – Repair-Kapseln; BGH, GRUR 2013, 958, Rn. 13 – Vitalpilze; BGH, GRUR 2014, 1013, Rn. 23 – Original Bach-Blüten; BGH, GRUR 2016, 142, Rn. 22 – Lernstark). Dass der Begriff der gesundheitsbezogenen Angabe sehr weit zu verstehen ist, zeigt sich insbesondere an dem Umstand, dass auch der Claim „Wasser trägt zur Erhaltung normaler körperlicher und kognitiver Funktionen bei“ als gesundheitsbezogene Angabe in die Liste der zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 13 HCVO aufgenommen worden ist, die sich im Anhang der VO (EU) Nr. 432/2012 befindet.

(2)

Dies zugrunde gelegt, stellt die streitgegenständliche Angabe wegen der darin enthaltenen Aussage zur Blutbildung eine gesundheitsbezogene Angaben i. S. von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO dar.

Der angesprochene Verkehr versteht den Gesamtwerbeclaim – jedenfalls auch – dahin, dass die angegebenen Eigenschaften nicht nur von den beiden genannten Nährstoffen, Vitamin B12 und Folsäure, zusammen erreicht werden, sondern dass jeder der beiden Nährstoffe die Zellteilung und die Blutbildung unterstützt. Das entspricht jedoch im Hinblick auf die Unterstützung der Blutbildung durch das Vitamin B12 nicht dem zugelassenen Werbeclaim.

Für Vitamin B12 sind u. a. folgende Claims zugelassen:

- Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei
- Vitamin B12 hat eine Funktion bei der Zellteilung (vgl. Anlage K 8).

Für Folsäure/Folat sind u.a. folgende Claims zugelassen:

- Folat trägt zur normalen Blutbildung bei.
- Folat hat eine Funktion bei der Zellteilung (vgl. Anlage K 9).

Die im Hinblick auf Folat (= Folsäure) und Vitamin B12 zugelassenen Health-Claims unterscheiden sich also insoweit, als danach Folat/Folsäure „zur normalen Blutbildung“, wohingegen Vitamin B12 lediglich „zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen“ beitragen soll. Die Angabe zu Folat bezieht sich also auf die Blutbildung insgesamt, während die Aussage zu Vitamin B12 nur auf die Bildung eines einzigen Blutbestandteils, nämlich die Bildung der roten Blutkörperchen, gerichtet ist.

Mit der Angabe „Vitamin B12 und [...] unterstützten die [...] Blutbildung“ bringt die Beklagte zum Ausdruck, dass dem beworbenen Produkt bzw. den ausdrücklich genannten Nährstoffen Bedeutung für den gesunden Zustand der Blutbildung insgesamt zukommt. Dabei handelt es sich um eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Artt. 2 Abs. 2 Nr. 5, 10 Abs. 1 HCVO.

Dies zeigt auch der Umstand, dass Aussagen zur Bedeutung verschiedener Nährstoffe für den gesunden Zustand der Blutbildung in die Liste der zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 13 HCV aufgenommen worden sind, die sich im Anhang der VO (EU) Nr. 432/2012 befindet, nämlich u. a. der zugelassene Claim „Folat trägt zu einer normalen Blutbildung bei“.

In dieser Liste werden somit Angaben, wonach sich bestimmte Nährstoffe auf die menschliche Blutbildung auswirken, als gesundheitsbezogene Angabe angesehen. Das erlaubt den Schluss, dass es sich auch bei dem von der Beklagten im Hinblick auf Vitamin B12 verwendeten Claim zur Unterstützung der Blutbildung um eine gesundheitsbezogene Angabe handelt.

(3)

Bei dem streitgegenständlichen Claim handelt es sich zudem – anders als die Beklagte meint – um eine spezielle gesundheitsbezogene Angaben i. S. v. Art. 10 Abs. 1 HCVO.

Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden i. S. v. Art. 10 Abs. 3 HCVO stellen zwar ebenfalls gesundheitsbezogene Angaben i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO dar. Auch mit ihnen wird durch Bezugnahme auf eine der in Art. 13 Abs. 1 HCVO und Art. 14 Abs. 1 HCVO genannten Funktionen erklärt, suggeriert oder mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht (BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 24 – Repair-Kapseln; BGH, GRUR 2015, 403, Rn. 36 – Monsterbacke II; BGH, GRUR 2015, 611, Rn. 29 – RESCUE-Produkte). Solche Angaben können jedoch aufgrund ihrer allgemeinen, nichtspezifischen Formulierung – im Unterschied zu den speziellen gesundheitsbezogenen Angaben i. S. v. Art. 10 Abs. 1 HCVO – nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein (BGH, GRUR 2013, 958, Rn. 13 – Vitalpilze; BGH, GRUR 2015, 403, Rn. 36 – Monsterbacke II; BGH, GRUR 2015, 611, Rn. 29 – RESCUE-Produkte; BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 24 – Repair-Kapseln). Für die Abgrenzung zwischen speziellen und nichtspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben kommt es da-

nach darauf an, ob mit der Angabe ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile und einer Funktion des menschlichen Organismus hergestellt wird, dessen wissenschaftliche Absicherung (vgl. Art. 6 Abs. 1 HCVO) in einem Zulassungsverfahren nach Art. 13 Abs. 3 HCVO (für Angaben nach Art. 13 Abs. 1 HCVO) oder nach Artt. 15 bis 17 HCVO (für Angaben nach Art. 14 Abs. 1 HCVO) überprüft werden kann (BGH, GRUR 2016, 412, Rn. 26 – Lernstark; BGH, GRUR 2016, 1200, Rn. 24 – Repair-Kapseln).

Mit der Angabe „Vitamin B12 und [...] unterstützten die [...] Blutbildung“ wird eine bestimmte Körperfunktion, nämlich die Blutbildung angesprochen. Diese Körperfunktion soll nach der streitgegenständlichen Angabe durch den Bestandteil Vitamin B12 des von der Beklagten beworbenen Lebensmittels positiv beeinflusst werden. Darin liegt kein Verweis auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden. Vielmehr wird mit dieser Angabe ein bestimmter Wirkungszusammenhang zwischen dem Produkt der Beklagten und der Körperfunktion einer gesunden Blutbildung, der auch Gegenstand einer wissenschaftliche Überprüfung sein kann, hergestellt. Die werbliche Angabe zur Blutbildung ist daher – auch wenn dieser Zusammenhang nur in allgemein gehaltenen Begriffen umschrieben wird – als spezielle gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 10 Abs. 1 HCVO anzusehen.

cc)

Diese Werbeaussage der Beklagten ist – zum Zeitpunkt der Begehung im August 2015, der letzten mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2018 und der Verkündung der vorliegenden Entscheidung am 17. Januar 2019 – gemäß Art. 10 Abs. 1 HCVO unzulässig, weil die darin enthaltene Angabe nicht in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß Art. 13 Abs. 1 und 3 HCVO, d. h. die Liste der seit dem 14. Dezember 2012 geltenden VO (EU) Nr. 432/2012, aufgenommen worden ist.

Sie ist auch nicht mit der in die Liste zulässiger Angaben gemäß Art. 13 Abs. 1 HCVO für den Nährstoff „Vitamin B12“ aufgenommenen Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ gleichbedeutend.

(1)

Allerdings hängt die Zulässigkeit der Verwendung einer gesundheitsbezogenen Angabe i. S. v. Art. 10 Abs. 1 HCVO grundsätzlich nicht davon ab, dass die verwendete Angabe mit einer zugelassenen Angabe wörtlich übereinstimmt. Vielmehr dürfen auch mit einer zugelassenen Angabe gleichbedeutende, also inhaltlich übereinstimmende Angaben verwendet

werden (vgl. LG Düsseldorf, GRUR-RR 2014, 507, 508; Rathke/Hahn in Zipfel/Rathke, LebensmittelR, C 113, EL 160 März 2015, Art. 10 VO (EG) Nr. 1924/2006, Rn. 43; Meisterernst in Meisterernst/Haber, Praxiskommentar Health & Nutrition Claims, 20. Lf. 07/13, Art. 5 Rn. 17 a bis 17 c; Haber/Meisterernst in Meisterernst/Haber, 10. Lf. 04/10, Art. 13 Rn. 20; Meisterernst, WRP 2012, 405, 413; Meisterernst, ZLR 2014, 184, 193 f.; Teufer, GRUR-Prax 2012, 476, 477; Hahn/Hagenmeyer, ZLR 2013, 4 (12–15); Hagenmeyer, ZLR 2014, 153; Schoene, GRUR-Prax 2014, 469).

Das ergibt sich aus den Erwägungsgründen der Verordnungen über die Zulassung bzw. Nichtzulassung und zur Festlegung einer Liste gesundheitsbezogener Angaben. Für gesundheitsbezogene Angaben, die – wie die hier in Rede stehende Angabe – in den Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 1 HCVO fallen, bestimmt Erwägungsgrund 9 der VO (EU) Nr. 432/2012, dass in den Fällen, in denen der Wortlaut einer Angabe aus Verbrauchersicht gleichbedeutend ist mit demjenigen einer zugelassenen gesundheitsbezogenen Angabe, weil damit auf den gleichen Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem Lebensmittelbestandteil und einer bestimmten Wirkung auf die Gesundheit hingewiesen wird, diese Angabe auch den Verwendungsbedingungen für die zugelassene gesundheitsbezogene Angabe unterliegen sollte.

Bei der Prüfung, ob eine verwendete gesundheitsbezogene Angabe mit einer zugelassenen gesundheitsbezogenen Angabe gleichbedeutend ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (BGH, GRUR 2016, 412, Rn. 53 – Lernstark; zur Prüfung, ob eine verwendete gesundheitsbezogene Angabe inhaltlich mit einer im Sinne der Übergangsvorschrift des Art. 28 HCVO angemeldeten gesundheitsbezogenen Angabe übereinstimmt vgl. BGH, GRUR 2014, 500, Rn. 29 – Praebiotik). Bei dieser Prüfung ist allerdings auch das berechtigte Interesse der Lebensmittelunternehmen zu berücksichtigen, den Wortlaut einer zugelassenen Angabe der Produktaufmachung und dem Verbraucherverständnis (vgl. Art. 5 Abs. 2 HCVO) anpassen zu können, ohne für jede sprachlich abweichende Angabe einen eigenen Zulassungsantrag stellen zu müssen (Teufer, GRUR-Prax 2012, 476, 477; Schoene, GRUR-Prax 2014, 469).

Die Annahme einer inhaltlichen Übereinstimmung zwischen zugelassener und verwendeter Angabe setzt jedenfalls voraus, dass die zugelassene Angabe und die verwendete Angabe hinsichtlich des Nährstoffs oder der anderen Substanz oder des Lebensmittels oder der Lebensmittelkategorie, für die die Angabe zugelassen wurde bzw. verwendet wird, übereinstimmen (OLG Bamberg, LMuR 2014, 94, 98 f.; Rathke/Hahn in Zipfel/Rathke, EL 160 März 2015, Art. 10 VO (EG) Nr. 1924/2006, Rn. 45 a; Teufer, GRUR-Prax 2012, 476, 477). Eine

verwendete Angabe kann ferner nur dann als gleichbedeutend mit einer zugelassenen Angabe angesehen werden, wenn sich aus der im Zulassungsverfahren abgegebenen Stellungnahme der EFSA ergibt, dass die mit der verwendeten Angabe aufgestellte Wirkungsbehauptung von der mit der zugelassenen Angabe aufgestellten Wirkungsbehauptung gedeckt ist (BGH, GRUR 2016, 412, Rn. 53 – Lernstark; vgl. Meisterernst in Meisterernst/Haber, 20. Lf. 07/13, Art. 5 Rn. 17 b; Meisterernst, WRP 2012, 405, 413).

(2)

Danach durfte die Beklagte die Angabe „Vitamin B12 und [...] unterstützen die [...] Blutbildung.“ nicht verwenden, weil diese Angabe nicht mit der nach Art. 1 i. V. m. der Anlage der VO (EU) Nr. 432/2012 in die Liste zulässiger Angaben gem. Art. 13 Abs. 1 HCVO für den Nährstoff „Vitamin B12“ aufgenommenen Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ übereinstimmt, d. h. zumindest gleichbedeutend ist.

Zwar besteht im Hinblick auf die Verwendung des Verbs „unterstützen“ in der streitgegenständlichen Werbeangabe statt des in der zugelassenen Angabe verwendeten Verbs „beitragen“ bei Zugrundelegung der aktuellen BGH-Rechtsprechung keine relevante Abweichung, denn der Verbraucher versteht unter einer Unterstützung nichts anderes als einen Beitrag (vgl. BGH, GRUR 2016, 412, Rn. 56 – Lernstark).

Der angesprochene Verkehr versteht die streitgegenständliche Angaben jedoch – zumindest auch – dahin, dass jeder der dort genannten beiden Nährstoffe für sich, d. h. auch der Nährstoff Vitamin B12, die Blutbildung insgesamt unterstütze. Tatsächlich wird jedoch von dem Nährstoff Vitamin B12 nur die Bildung eines (einzigen) Blutbestandteils, nämlich der roten Blutkörperchen, unterstützt. Werden jedoch – wie hier – die Wirkungen verschiedener Inhaltsstoffe zusammengefasst, dürfen den so zusammengefassten Nährstoffen nur Wirkungen zugeschrieben werden, bezüglich derer auch für jede einzelne Zutat eine Zulassung besteht (vgl. dazu auch „General principles on flexibility of wording for health-claims“/Anlage BK 6).

Aus der vorliegenden Stellungnahme der EFSA im Verfahren über die Zulassung der Angabe „Folat trägt zur normalen Blutbildung bei“ ergibt sich, dass Folat nach dem zum Zulassungszeitpunkt vorliegenden Stand der Wissenschaft zur normalen Bildung von roten und weißen Blutkörperchen sowie der Blutplättchen beiträgt (Anlage K 9, S. 7, Ziff. 3.1.). Demgegenüber geht aus der Stellungnahme der EFSA im Verfahren zur Zulassung der Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ hervor, dass Vitamin B12 nach den zum Zulassungszeitpunkt vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen

lediglich zur normalen Bildung von roten Blutkörperchen beiträgt, Auswirkungen auf die normale Bildung weiterer Blutbestandteile sind dort hingegen nicht angesprochen (Anlage K 8).

Schon danach kann nicht festgestellt werden, dass die EFSA es als – durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise – abgesichert erachtet hat, dass die Gabe von Vitamin B12 zu einer normalen Blutbildung (insgesamt) beiträgt. Vielmehr spricht der Umstand, dass der im Zulassungsverfahren vorgeschlagene Wortlaut der Claims „Vitamin B12 ist zur Blutbildung notwendig“ („vitamin B 12 (cyanocobalamin) is needed for blood formation“) bzw. „Vitamin B12 ist wichtig für die normale Blutfunktion“ („Vitamin B12 is important for normal blood function“; vgl. Appendix C der Anlage K 8), gerade nicht zugelassen worden ist, gegen ein erweitertes Verständnis des zugelassenen Claims. Gegen eine erweiterte Auslegung spricht auch, dass die EFSA auch insoweit Unterschiede gemacht hat, als sie im Hinblick auf den weiteren Nährstoff Folat die weitergehende Angabe „trägt zu einer normalen Blutbildung bei“ ausdrücklich zugelassen hat. Das spricht ebenfalls gegen eine Gleichbedeutung beider zugelassener Claims.

dd)

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die HCVO auf die vorliegende werbliche Angabe grundsätzlich anwendbar.

Bei der streitgegenständlichen werblichen Angabe handelt es sich weder um zweckdienliche Angaben oder Empfehlungen, die ausschließlich für qualifizierte Personen auf dem Gebiet der Medizin, der Ernährung und der Arzneimittel bestimmt sind, noch um Angaben zu den besonderen nutritiven Eigenschaften der Produkte, noch um obligatorische, d. h. Pflichtangaben, die vom Anwendungsbereich der HCV ausgenommen wären (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 DiätV).

(1)

Die HCVO ist auf die streitgegenständliche Bewerbung bilanzierter Diäten anwendbar, und zwar sowohl hinsichtlich der Werbung gegenüber Laien als auch bezüglich der Werbung gegenüber Fachkreisen (vgl. EuGH, GRUR 2016, 1090, Rn. 54 – Innova Vital). Dem steht insbesondere nicht Art. 1 Abs. 5 HCVO entgegen, der auf verschiedene Regelungen des Gemeinschaftsrechts verweist. Soweit es in Art. 1 Abs. 5 HCVO heißt, dass die HCVO „unbeschadet“ der nachfolgend aufgeführten Bestimmungen des Gemeinschaftsrecht gelten solle, bringt der Europäische Gesetzgeber mit dieser Formulierung zum Ausdruck, dass die HCVO auf die von den genannten Richtlinien erfassten Produkte grundsätzlich anwendbar ist, al-

lerdings nur soweit dort nicht in Bezug auf nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben spezielle Tatbestände geregelt sind.

Mithin ist die HCVO auf Produkte, die von den in Art. 1 Abs. 5 lit. a) bis lit. d) HCVO genannten Richtlinien erfasst werden, grundsätzlich anwendbar, jedoch nur soweit in den genannten Richtlinien und deren nationale Umsetzungsnormen nicht spezielle Regelungen getroffen wurden (Meisterernst/Haber, Lf. 11/2016, Art. 1, Rn. 82, 85; Meyer/Streinzi/Meyer, LFGB, BasisVO, HCVO, 2. Auflage, 2012, Erl. Rn.15).

(1.1)

Im Hinblick auf die vorliegend zu beurteilende werbliche Angaben über „MF.“, d. h. über ein diätisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (sog. bilanzierte Diäten) ist Art. 1 Abs. 5 lit. a) HCVO einschlägig. Danach gilt die HCVO unbeschadet der Richtlinie 89/398/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind (nachfolgend: DiätRL = Diätrichtlinie), und unbeschadet weiterer Richtlinien, die über Lebensmittel erlassen werden, die für besondere Ernährungszwecke bestimmt sind. Zudem sind im Hinblick auf die Anwendbarkeit der HCVO auch die nationalen Umsetzungsvorschriften, insbesondere die Regelungen der DiätV zu berücksichtigen.

Da die in Art. 1 Abs. 5 lit. a) HCVO (noch) ausdrücklich genannte Richtlinie 89/398/EWG (DiätRL), und damit auch die in den Artt. 6 und 7 DiätRL enthaltenen Regelungen zur Kennzeichnung und Bewerbung von Lebensmitteln zur besonderen Ernährung, bereits zum 9. Juni 2009 durch die Richtlinie 2009/39/EG über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind (nachfolgend: DiätRahmenRL = DiätRahmenrichtlinie), ersetzt worden war, ist im Hinblick auf den Zeitpunkt der Verbreitung der hier streitgegenständlichen Gebrauchsinformation (Anlage K 4) im August 2015 nicht mehr auf die Regelungen von Artt. 6 und 7 DiätRL, sondern auf die entsprechenden Regelungen der DiätRahmenRL abzustellen, denn gemäß Art. 16 Abs. 2 DiätRahmenRL gelten Verweisungen auf die aufgehobene DiätRL als Verweisungen auf die DiätRahmenRL, und zwar nach Maßgabe der Entsprechungstabelle in Anhang III der DiätRahmenRL. Danach entsprechen die Artt. 6 bzw. 7 DiätRL den Artt. 8 bzw. 9 der DiätRahmenRL.

Im Hinblick auf die Beurteilung der Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2018 und bei Erlass des vorliegenden Urteils am 17. Januar 2019 ist weiter zu berücksichtigen, dass die DiätRahmenRL zum 20. Juli 2016 aufgehoben und durch die VO (EU) Nr. 609/2013 ersetzt worden ist. Gemäß Art. 20 Abs. 1 dieser EU-

Verordnung gelten Verweise auf die aufgehobenen Rechtsakte als Verweise auf diese EU-Verordnung. Nach ihrem Art. 22 Abs. 1 ist diese EU-Verordnung am 19. Juli 2013 in Kraft getreten. Gemäß ihrem Art. 22 Abs. 2 gilt sie seit dem 20. Juli 2016, allerdings mit Ausnahme ihrer Artt. 11, 16, 18 und 19, die bereits ab dem 19. Juli 2013 Geltung erlangt haben.

Nach den vorstehende Ausführungen zu den anwendbaren Nachfolgeregelungen der in Art. 1 Abs. 5 lit.a) HCVO genannten DiätRL waren zum Zeitpunkt der Verbreitung des streitgegenständlichen Produkts (Anlage K 4) im August 2015 die Artt. 8 und 9 DiätrahmenRL und zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung am 13. Dezember 2018 und der Berufungsentcheidung am 17. Januar 2019 Art. 9 Abs. 5 und 6 VO (EU) Nr. 609/2013 anwendbar. Diese Regelungen stehen einer Anwendbarkeit der HCVO auf die hier streitgegenständlichen werblichen Angaben nicht entgegen.

(1.1.1)

Die DiätrahmenRL trifft im Hinblick auf gesundheitsbezogene Angaben im Sinne von Artt. 2 Abs. 2 Nr. 5, 13 Abs. 1 lit. a) HCVO keine gesonderten Regelungen, die der Anwendung der HCVO entgegenstehen könnten.

Nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 DiätrahmenRL gehörte zu der Bezeichnung, unter der ein Erzeugnis verkauft wird, auch die Angabe seiner besonderen nutritiven Eigenschaften.

Selbst wenn es sich bei der zugelassenen Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ (Anlage K 8) um eine solche besondere nutritive Eigenschaft des beworbenen Produkts handeln sollte, führt dies jedoch nicht dazu, dass die tatsächlich verwendete und davon – wie vorstehend ausgeführt – deutlich abweichende Angabe „Vitamin B12 unterstützt die Blutbildung“ als obligatorische Angabe nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 DiätrahmenRL anzusehen wäre. Es fehlt – wie vorstehend ausgeführt – an der notwendigen Identität oder zumindest Gleichbedeutung mit dem zugelassenen Health-Claim.

(1.1.2)

Zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung am 13. Dezember 2018 und der Berufungsentcheidung am 17. Januar 2019 ist für die lebensmittelrechtliche Bewertung auf die einschlägigen Regelungen der VO (EU) Nr. 609/2013 abzustellen, insbesondere auf den dortigen Art. 9 Abs. 5 und 6, der seit dem 20. Juli 2016 gilt.

Nach Art. 6 Abs. 1 VO (EU) Nr. 609/2013 müssen die in Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 609/2013 genannten Lebensmittel sämtlichen Anforderungen des Lebensmittelrechts der Europä-

ischen Union genügen. Die Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 VO (EU) Nr. 609/2013 regelt den Anwendungsvorrang der Verordnung gegenüber anderen widersprüchlichen Bestimmungen des Lebensmittelrechts der Union. Im Einklang damit wird in Erwägungsgrund 28 der Verordnung ausdrücklich ausgeführt, dass die HCVO grundsätzlich anwendbar sei, sofern in der Verordnung selbst oder in den in ihrem Rahmen erlassenen delegierten Rechtsakten nichts anderes verfügt werde.

Die VO (EU) Nr. 609/2013 ist nach Artt. 1 Abs. 1 lit. c), 2 Abs. 1 lit. g) VO (EU) Nr. 609/2013 auf die hier beworbenen Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke anwendbar. Der Umstand, dass die Kommission gemäß Art. 11 VO (EU) Nr. 609/2013 ermächtigt worden ist, delegierte Rechtsakte zu besonderen Anforderungen an die Kennzeichnung und Aufmachung sowie die Bewerbung von den in Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 609/2013 genannten Lebensmitteln, einschließlich der Zulassung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben, zu erlassen, erlaubt nicht den Schluss, dass solche nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben bis zum Erlass bzw. der Anwendbarkeit solcher delegierten Rechtsakte unbeschränkt zulässig seien. Vielmehr gilt auch insoweit Art. 6 Abs. 1 VO (EU) Nr. 609/2013. Zu den Regelungen des dort genannten Lebensmittelrechts der Union gehört auch die HCVO, so dass deren Anforderungen grundsätzlich zu erfüllen sind.

Gemäß Art. 9 Abs. 5 VO (EU) Nr. 609/2013 müssen die Kennzeichnung und Aufmachung sowie die Werbung für die Lebensmittel nach Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 609/2013 Informationen über die angemessene Verwendung bieten und dürfen weder irreführend sein noch diesen Lebensmitteln Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaft erwecken. Nach Art. 9 Abs. 6 VO (EU) Nr. 609/2013 stehen jedoch dem vorstehenden Art. 9 Abs. 5 VO (EU) Nr. 609/2013 zweckdienliche Angaben oder Empfehlungen, die ausschließlich für medizinisch, ernährungswissenschaftlich oder pharmazeutisch qualifizierte Personen oder für bestimmte andere Angehörige der Gesundheitsberufe bestimmt sind, nicht entgegen. Da die tatsächlich verwendete streitgegenständliche Angabe nicht dem zugelassenen Health-Claim entspricht, ist sie zum einen als irreführend und zum anderen nicht als zweckdienliche Angabe oder Empfehlung anzusehen.

(1.1.3).

Im Hinblick auf die Bewerbung des hier streitgegenständlichen Produkts ist zudem die Einzelrichtlinie RL 1999/21/EG anwendbar, und zwar sowohl in Bezug auf den Zeitpunkt der Verletzungshandlung als auch in Bezug auf den Zeitpunkt der Berufungsverhandlung und des Erlasses der Berufungsentscheidung. Soweit dort spezielle Regelungen bezüglich der

Bewerbung und Kennzeichnung von diätischen Lebensmitteln getroffen wurden, gehen diese den Vorschriften der HCVO vor (Meisterernst/Haber, Lf. 11/2016, Art. 1, Rn. 84).

Nach Art. 4 Abs. 4 lit. c) RL 1999/21/EG umfasst die Kennzeichnung u. a. eine Beschreibung der Eigenschaften und/oder Merkmale, denen das Erzeugnis seine Zweckdienlichkeit verdankt, gegebenenfalls mit Angaben zu Nährstoffen, die vermehrt, vermindert, eliminiert oder auf andere Weise verändert wurden, sowie die Begründung für die Verwendung des Erzeugnisses.

Bei der hier streitgegenständlichen Angabe handelt es sich jedoch – wie vorstehend ausgeführt – nicht um eine wahrheitsgemäße Beschreibung der Eigenschaften und/oder Merkmale, denen das Erzeugnis seine Zweckdienlichkeit verdankt.

(1.1.4)

Weitere EU-Rechtsakte, die hinsichtlich Lebensmitteln für besondere Ernährungszwecke erlassen worden wären und der Anwendung der HCVO entgegenstünden, sind nicht ersichtlich (Art. 1 Abs. 5 lit. a) 2. Alt. HCVO). Auch aus den nationalen Umsetzungsvorschriften, insbesondere der DiätV, ergibt sich nicht, dass die HCVO auf die vorliegend streitgegenständlichen Angaben nicht anwendbar wäre. Weitere vorrangige Spezialvorschriften sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(1.1.5.)

Die Delegierte Verordnung (EU) 2016/128 ist zurzeit noch nicht anwendbar.

Zwar sind nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) gemäß Artt. 7, 11 Abs. 2 der Delegierten VO (EU) Nr. 2016/128 gänzlich unzulässig. Entgegen der Ansicht der Klägerin gilt diese Verordnung jedoch noch nicht. Sie ist auch noch nicht analog anwendbar.

Nach Art. 11 Abs. 1 ist die Delegierte VO (EU) Nr. 2016/128 zwar am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft getreten, nämlich am 22. Februar 2016 (vgl. Amtsblatt vom 2. Februar 2016). Gemäß Art. 11 Abs. 2 der Delegierten VO (EU) Nr. 2016/128 gilt sie jedoch für Produkte der streitgegenständlichen Art erst ab dem 22. Februar 2019.

Die Beklagte beruft sich schon jetzt auf die Übergangsregelung von Art. 21 der VO (EU) Nr. 609/2013. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil das vorliegende Urteil vor dem 22. Februar 2019 verkündet wird.

(2)

Auch nach dem nationalen Recht handelt es sich bei den hier streitgegenständlichen Angaben nicht um obligatorische Aussagen oder Darstellungen, die gemäß Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 HCVO der Anwendung der HCVO entzogen wären.

Zwar müssen auch nach § 21 Abs. 2 Ziff. 1 DiätV die Produkte den Hinweis „zur diätischen Behandlung von ...“ ergänzt durch die Krankheit, Störung oder Beschwerden, für die das Lebensmittel bestimmt sei, sowie nach § 21 Abs. 2 Ziff. 2 DiätV „eine Beschreibung der Eigenschaften und Merkmale, denen das Lebensmittel seine Zweckbestimmung verdankt“, enthalten. Die Beschreibung nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 DiätV muss insbesondere den Arzt in die Lage versetzen, im Rahmen seiner ärztlichen Aufsicht zu prüfen, ob und gegebenenfalls zu welchen Zwecken und in welcher Art und Weise die bilanzierte Diät einzusetzen ist. Die Angaben müssen mithin dem wissenschaftlichen Niveau der ärztlichen Tätigkeit entsprechen (Zipfel/Rathke, § 21 DiätV, Rn. 13).

Die Norm des § 21 Abs. 2 DiätV entspricht weitgehend den Regelungen zur Kennzeichnung in Art. 4 Abs. 4 RL 1999/21/EG. Auch insoweit ist jedoch festzustellen, dass die streitgegenständliche Angabe über den zugelassenen Health-Claim hinausgeht. Bei dieser Werbeaussage handelt es sich daher auch nicht um eine pflichtgemäße, nämlich zutreffende, Beschreibung der Eigenschaften und Merkmale, denen das Lebensmittel seine Zweckbestimmung verdankt. Die streitgegenständliche Aussage ist somit keine Pflichtangaben in dem Sinne, dass sie die Indikation der jeweiligen Produkte beschreiben bzw. dass das jeweilige Produkt ihnen seine Zweckbestimmung verdankt.

ee)

Soweit die Beklagte die Verwendung der streitgegenständlichen Angabe auch deshalb für zulässig hält, weil sie das Produkt im Dezember 2013 gemäß § 4 a Abs. 1 DiätV gegenüber dem Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) angezeigt hat, ohne dass die Behörden Beanstandungen erhoben hätten, kann nicht festgestellt werden, dass dem Schweigen des BVL eine tatbestandliche Wirkung zukommt. Ein Verwaltungsakt, der diese Wirkung entfalten könnte, liegt nicht vor.

ff)

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass es an der erforderlichen wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG 2008 bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 8, 3a UWG 2015 fehlt.

Einzelne Marktverhaltensregelungen sind dahin auszulegen, dass Verstöße grundsätzlich geeignet sind, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen. Die Spürbarkeit ist dann zu vermuten und nur ganz ausnahmsweise zu verneinen (BGH WRP 2015, 966 Rn. 25 – Fahrdienst zur Augenklinik). Dazu gehören alle Vorschriften, die dem Schutz der Gesundheit oder Sicherheit der Verbraucher dienen (vgl. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern = UGP-Richtlinie), wie bspw. die Werbeverbote des HWG oder das JuSchG (BGH, WRP 2015, 1095, Rn. 16 – Abgabe ohne Rezept; BGH, GRUR 2016, 213, Rn. 20 – Zuweisung von Verschreibungen).

Hier spielt es für die Spürbarkeit i. S. d. § 3a UWG 2015 keine Rolle, ob der Verstoß geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen. Vielmehr kommt es ausschließlich darauf an, ob der Verstoß geeignet ist, das durch das Verbot geschützte Verbraucherinteresse an der Gesundheit zu beeinträchtigen. Der Schutzzweck der Vorschrift geht insoweit über den Schutz der Entscheidungsfähigkeit und –freiheit des Verbrauchers hinaus. Unerheblich ist, ob die betreffenden Regelungen auch von Verwaltungsbehörden durchgesetzt werden können und diese einen Ermessensspielraum besitzen (BGH GRUR 2010, 251 Rn. 20 – Versandkosten bei Froogle). Desgleichen kommt es nicht darauf an, ob der Verletzer einen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern erzielen würde, da Rechtsverstöße nicht dadurch zulässig werden können, dass sie auch von Mitbewerbern begangen werden (vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler, UWG, 37. Auflage, 2019, § 3a Rn. 1.102).

Mithin handelt es sich bei der streitgegenständlichen Werbeangabe um eine unzulässige gesundheitsbezogene Angabe. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG 2008, §§ 8, 3a UWG 2015 i. V. m. Artt. 10 Abs. 1, 2 Abs. 2 Nr. 5, 13 HCVO begründet.

III.

Auch der Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten steht der Klägerin dem Grunde nach gemäß §§ 12 Abs. 1 S. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG 2008, 3a UWG 2015 i. V. m. Artt. 10 Abs. 1, 2 Abs. 2 Nr. 5, 13 HCVO nebst Zinsen aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB zu.

Das Abmahnschreiben vom 24. August 2015 (Anlage K 5) war aus den vorstehenden Gründen berechtigt. Der geltend gemachte Erstattungsanspruch erweist sich jedoch nur in Höhe

von € 984,00 nebst Zinsen als berechtigt. Zwar hat die Klägerin zutreffend einen Streitwert von € 20.000,00 angenommen. Es kann jedoch nicht eine 1,5 Gebühr, sondern lediglich eine 1,3 Gebühr in Ansatz gebracht werden. Entgegen der Ansicht der Klägerin handelt es sich bei der hier streitgegenständlichen Prüfung der Zulässigkeit einer gesundheitsbezogenen Angabe nicht um eine schwierige Angelegenheit.

Danach berechnet sich die Höhe der berechtigten Abmahnkosten bei einem Streitwert von € 20.000,00 wie folgt:

- 1,3 Gebühr nach § 2 Abs. 2, 13 RVG, Nr. 2300 VV	€ 964,00
- Telekommunikationspauschale nach § 2 Abs. RVG, Nr. 7002 VV	<u>€ 20,00</u>
- Summe	<u>€ 984,00.</u>

Der zuerkannte Zinsanspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB.

Auf die Berufung der Klägerin ist somit das Urteil des Landgerichts abzuändern und der Klage – mit Ausnahme eines geringen Teils der Abmahnkosten samt Rechtshängigkeitszinsen – stattzugeben.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der geringfügig überhöht geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch hat keine höheren Kosten veranlasst.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

V.

Die Revision ist gemäß § 543 ZPO nicht zuzulassen, denn die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.